

May 1987

د. شمس مرغني علي فراخ - العرف الإداري كمصدر للأعمال الإدارية

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Administrative Law Commons](#)

Recommended Citation

(1987) "د. شمس مرغني علي فراخ - العرف الإداري كمصدر للأعمال الإدارية" *Journal Sharia and Law*: Vol. 1987 : No. 1 , Article 8.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol1987/iss1/8

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

د. شمس مرغني علي فراج - العرف الإداري كمصدر للأعمال الإدارية

Cover Page Footnote

د. شمس مرغني علي فراج، أستاذ القانون العام المساعد بجامعة الإمارات العربية المتحدة، عمل أستاذ مساعد بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر له العديد من البحوث والمؤلفات في القانون العام.

العرف الإداري كمصدر للأعمال الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة

إعداد : الدكتور شمس مرغني علي فراج*
أستاذ القانون العام المساعد بجامعة الإمارات العربية المتحدة

* عمل أستاذ مساعد بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر له العديد من البحوث والمؤلفات في القانون العام .

تمهيد وتقسيم :

من الملاحظ أن الحروب العالمية قد خلفت دفعاً كبيراً نحو الاشتراكية فظهرت ضرورة تدخل الحكومات، بسبب ما جد بعدها من أزمات اقتصادية واجتماعية وفكرية في الدول، وما ترتب على كل ذلك من تطاحن القوى المختلفة في الدولة وخطر قوبها على ضعفها^(١). وكان من مظاهر ذلك الاتجاه، أباح مجلس الدولة الفرنسي تدخل البلديات في ميدان العمل الاقتصادي وعرف باسم الاشتراكية البلدية Socialisme Municipal ولكن الإدارة لم تنزل إلى مستوى الأفراد كما هو في إنجلترا، ولكنها مع ذلك لم ترتفع إلى مرتبة القديسين كما حدث في ألمانيا، وإنما جعلت لها مكانة وسطى تميزها بقدر دون أن نفترض فيها العصمة، أو بعبارة أخرى جعلت للإدارة «امتيازات» ولكن نظمت أوجه «رقابة» قوية على كيفية مزاولتها لهذه الامتيازات. ولكن تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية أدى أن اتسعت مادة الإدارة، فازدادت موضوعات كانت لا تمارسها من قبل، وارتادت مجالات كانت وعرة المسالك عليها وأمطت جواد السلطة فيها فاكتمل الجانب القانوني للقانون الإداري. فاتسعت دائرته وظل كالتيار المنهمر يقتطع أجزاء متتابعة من مواد القوانين الأخرى، فاستكمل مع الزمن مقومات مادة واسعة المدى وفرع وارف الأفنان، وكان أكثر المقطعات من القانون المدني. ولكن القانون الإداري حكمه حكم غيره من القوانين - بل هو أحوجها - خاضعاً لسنة التطور فلم يقنن، أي لم يحجز بين دفتي مجموعة محصورة المواد، جامدة النصوص، عسيرة التطور. ولم يكن عدم تقنينه ضاراً به، بل على العكس من ذلك جاء عادلاً وكان مفيداً، استجابة لمتطلبات الحياة الإدارية المتطورة، وسمه من سمات القرن العشرين ويعتبرها رجال القانون والسياسة في العصر الحديث أنها طغت على التطورات الدستورية التي كانت سمة القرن التاسع عشر، ومن الأمر البديهي أنه بقدر زيادة نشاط الدولة في الوقت الحاضر، وبمقدار تدخلها في أوجه النشاط المتباينة، يكون ازدياد المشاكل الإدارية الأخرى، وتتضاعف أهمية الإدارة بهيئاتها المختلفة وبعلاقاتها المتجددة المتطورة المعقدة. وفي حالة قصور النصوص التشريعية عن الاستجابة لهذا التطور يكون العرف خير معين للإدارة على أداء الواجب.

هذا من جانب ومن جانب آخر فإن الديمقراطية في القرن العشرين سداها العدالة الاجتماعية ولحمتها الصبغة السياسية الأصلية، وهذا في حد ذاته يولد روابط إدارية جديدة فنتضخم حتماً الروابط الإدارية السارية، وتظهر مشكلات إدارية لم تكن في الحسبان. ولا يستطيع المشرع التنبؤ بها فتواجهها الإدارة، وواجب عليها أن تتصدى لها، وتضع لها الحلول تحقيقاً لمهمتها وامتنالاً للواجب الملقى على عاتقها. ولا مستجيب لهذه الأوضاع إلا أن تدرج الجهة الإدارية على اتباع سلوك في مزاوله نشاط معين لها، وتستمر الإدارة وتلتزم هذا السلوك، والسير على سننها في مباشرة هذا النشاط فتصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الاتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة. ومن جهة أخيرة فإن تعقد الحياة الاجتماعية والاقتصادية المتزايدة، وما تنشأ بين الطبقات في المجتمعات من تنافس خطير، مما ألقى على عاتق الدولة التدخل لتنظيم ميادين الاصدام وفك التنازع بين القوى الاقتصادية المختلفة والهيئات الاجتماعية المتعددة في الدولة^(٢). ومن ذلك مثلاً تدخلها المتزايد في تنظيم العلاقة بين العمال وأصحاب الأعمال، والنتيجة الحتمية لمثل هذا التدخل المتعدد المسالك والأشكال، هي اتساع وزيادة القواعد الإدارية التي قد يعالجها المشرع ببعض التشريعات كالتشريع الصناعي، وقد تتصدى لها الإدارة بإصدار اللوائح، أو بالاستمرار على مسلك معين، وتلتزم به بصفة دائمة وبصورة منتظمة بحيث يصبح بمثابة قاعدة قانونية واجبة الاتباع وهو ما يعرف بالعرف الإداري. وهو يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع، ومن ثم فلا يجوز للعرف أن يخالف نصاً قائماً باعتباره يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع^(٣). ومن هذا برزت أهمية دراسة العرف كمصدر للأعمال الإدارية وخصوصاً في دولة الإمارات العربية المتحدة باعتبار أن التشريع وليد حديث نسبياً وأن القانون الإداري وليد غض الأطراف، لين الجانب، وذلك لعدم وجود مجلس دولة على غرار مجلس الدولة الفرنسي والمصري يضع القواعد ويقيم الصرح ويدعم البناء. وبالتالي فإن الإدارة إذا لم تجد قواعد إدارية يمكنها في حالة عدم ارتداء جواد السلطة، واستخدام امتيازاتها أن تلجأ إلى قواعد قانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ للاستهداء بها ووضعها في القالب الإداري الذي يتناسب مع أعمالها، إلى أن ينشأ المشرع قضاء متخصص في منازعات الإدارة، وفي ضوء ذلك يمكن تقسيم البحث إلى فصول:

الفصل الأول: تحديد الأعمال الإدارية.

الفصل الثاني: دور العرف في الشرائع المختلفة.

الفصل الثالث: دور العرف في قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

الفصل الرابع: دور العرف كمصدر للأعمال الإدارية.

١ - في نطاق القانون الدستوري.

٢ - قيمة العرف في مجال القانون الإداري.

- ٣ - الفرق بين العرف والعادة .
 - ٤ - أركان العرف الإداري .
 - ٥ - خصائص العرف الإداري .
 - ٦ - مشروعية العرف الإداري .
- الخاتمة .

الفصل الأول الأعمال الإدارية

تختلف أعمال الإدارة من حيث الأثر الذي تحدثه ، إلى أعمال قانونية ، وأعمال مادية .
والأعمال القانونية *Les acts juridiques* : هي تلك الأعمال التي تقصد بها الإدارة إحداث آثار قانونية معينة ، وينتج عنها إقامة مراكز قانونية جديدة أو تعديل في المراكز القانونية القائمة . وتتخذ هذه الأعمال القانونية صورة التصرف المنفرد وتسمى بالقرارات الإدارية النهائية وفقاً لنصوص قانون مجلس الدولة المصري أو القرارات الإدارية النافذة *Kxécutoire* وفقاً لما جرى عليه الفقه الفرنسي ، أو التصرف من جانبين (العقود الإدارية) .

وتمتاز المراكز القانونية بأنها متطورة بحسب حاجة المجتمع . ومتغيرة بحسب تغير الفلسفات السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، سواء تم هذا التغير نتيجة لإرادة المشرع أو بإرادة شاغلها . ووسيلة تغيير المراكز القانونية ، وإنشائها ، وإلغائها من جانب المشرع ، وأداة اكتسابها من جانب الأفراد ، هي الأعمال القانونية .
وبالنظر إلى هذه الغاية ، يقسم أنصار المعيار الموضوعي *Le critère materiel* (دوجي ، جيز ، بونار)^(١) الأعمال القانونية أقساماً ثلاثة .

(أ) أعمال مشرعة (*Les actes régles*) : وهي كل عمل قانوني ينشئ أو يعدل أو يلغي مركزاً قانونياً عاماً أو موضوعياً . ومن هذا القبيل القوانين المشرعة ، والقرارات التنظيمية .

(ب) أعمال شخصية أو ذاتية *Les actes subjectifs* : وهي الأعمال القانونية التي يتولد عنها أو تتعلق بمراكز شخصية بمعناها المتقدم . وأفضل مثال لها العقد . لأن المتعاقدين يضمنونه ما يشاءون (في حدود)^(٥) النظام العام وحسن الآداب) .

(جـ) أعمال شرطية *Les actes condition* ، وهي الأعمال القانونية التي تسند إلى فرد أو أفراد معينين مراكز قانونية عامة . فالمراكز القانونية العامة بفرد معين أو أفراد معينين ، إلا أنها لا تسمى مراكز قانونية فردية . ومثلها في القانون العام ، التعيين في إحدى الوظائف العامة ، فمركز الموظف هو مركز قانوني عام ، وقرار التعيين هو الذي

يحدد الفرد الذي يشغل هذا المركز، ويضفي عليه صفة الموظف العام، فيتمتع بالحقوق ويلتزم بالواجبات التي قررتها القوانين واللوائح من قبل لمن يشغل هذه الوظيفة. واستناداً إلى رأي المدرسة الموضوعية، فيعتبر داخلاً في الوظيفة التشريعية جميع الأعمال المشرعة، ويدخل في الوظيفة الإدارية، الأعمال الشريطية والأعمال الذاتية.

ويذهب الفقه إلى القول بأن المعيار الموضوعي أقرب إلى حقائق الأمور، ولكن بالرغم من ذلك، فإن المعيار الشكلي، المبني على صفة القائم بالعمل القانوني، هو المفضل في أكثر الأحوال. فقد ذهب مجلس الدولة المصري في حكمه الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٣ إلى «ومن حيث أن... مقطع النزاع في شأن التفرقة بين العمل التشريعي الذي هو بمنأى عن الإلغاء والعمل الإداري القابل للإلغاء إنما هو الذي يؤخذ به، أو المعيار الموضوعي أو المعيار الشكلي؟ وما من شك في أن قضاء هذه المحكمة قد جرى باطراد على الأخذ بالمعيار الشكلي. فصدور قرار من السلطة التنفيذية أياً كانت طبيعته يجعله قابلاً للطعن بالإلغاء كأى قرار إداري...»^(٦).

والقاعدة العامة في فرنسا أن التفرقة بين الأعمال التشريعية والأعمال القضائية والأعمال الإدارية يرجع فيها إلى المعيار الشكلي.. فالأصل في فرنسا أن الطعن أمام مجلس الدولة بسبب تجاوز حدود السلطة جائز ضد كل الأعمال التي تعتبر أعمالاً إدارية وفقاً للمعيار الشكلي. إلا أنه يلاحظ مع ذلك أن القانون الفرنسي يأخذ بالمعيار الموضوعي في بعض حالات استثنائية. فقد قررت محكمة تنازع الاختصاص أن المحاكم القضائية العادية حق تفسير اللوائح الإدارية ولو أنها لا تملك النظر في مشروعيتها، وذلك على أساس أن اللوائح قوانين من الناحية الموضوعية.

أما الأعمال المادية: فهي التي تأتينا الإدارة العامة دون أن تستهدف من ورائها إحداث آثار قانونية. ويكون العمل المادي مصدراً مباشراً للالتزام.

والأعمال المادية التي تصدر عن الإدارة نوعان: الأعمال المادية غير الإرادية (مثل حادث سيارة) والأعمال المادية الإرادية (مثل الاستيلاء على ملك الغير دون ولوج الطريق القانوني). وفي جميع الأحوال يرتب عليها القانون أحكاماً معينة. وقد تكون تلك الأعمال تنفيذاً لتصرفات قانونية، وقد تكون أعمالاً لا تقف على إجراء قانوني، ولكنها بمناسبة مباشرة الإدارة لنشاطها.

الأعمال الحكومية والأعمال الإدارية :

وأعمال الإدارة تختلف عن أعمال الحكومة^(٧)، ولقد بذل القضاء والفقه في فرنسا جهداً كبيراً في سبيل إيجاد معيار، يمكن الاعتماد عليه في التفرقة بين أعمال الإدارة وأعمال الحكومة، وتدرج جهد القضاء من القول بأن الفرق يكمن في الباعث السياسي Le mobile politique أو الغرض، إلى طبيعة العمل ذاته، على أساس أن أعمال

السلطة التنفيذية هي إما أعمال حكومية بطبيعتها أو أعمال إدارية بطبيعتها .. وبالرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي يمكن القول بأنه يعتبر الأعمال الآتية أعمالاً حكومية .

١ - الأعمال المتصلة بالعلاقة بين السلطة التنفيذية وغيرها من السلطات العامة في الدولة . ومن أمثلتها دعوة المجلس التشريعي للانعقاد ، واقتراح القوانين ، وإصدار القوانين أو الاعتراض عليها ، أو التأخر في إصدارها ، أو سحب مشروع قانون أو إهمال الحكومة في استصدار قانون أو رفض أحد الوزراء طلب اعتمادات مالية من السلطة التشريعية .

٢ - الأعمال ذات الطبيعة الدبلوماسية كالأعمال المتعلقة بإبرام المعاهدات (الإعداد ، التحضير ، التنفيذ - آثار التنفيذ) . وأعمال رجال السلك السياسي في الخارج ، والإجراءات المتعلقة بالحرب كإعلان الحرب والإجراءات الاستثنائية المترتبة عليها .

٣ - الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة الداخلية كإعلان الأحكام العرفية .

٤ - ومن التطبيقات الحديثة لفكرة أعمال السيادة التي قال بها مجلس الدولة الفرنسي ، استعمال رئيس الجمهورية لحقه المقرر في دستور سنة ١٩٥٨ بطرح مشروع قانون على «الاستفتاء الشعبي»^(٨) .

أما القضاء الإداري المصري^(٩) فإنه يحتفظ لنفسه بحق تقدير ما إذا كان العمل يعتبر حكومياً أو إدارياً^(١٠) . وقد أخذ مجلس الدولة بما انتهى إليه القضاء الفرنسي من أن تحديد الأعمال الحكومية يرجع إلى طبيعة العمل ذاته . فقررت محكمة القضاء الإداري «أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقاتها بالسلطات العامة الأخرى داخلية كانت أو خارجية . أو تتخذها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو للدود عن سيادتها في الخارج . ومن ثم يغلب فيها أن تكون تدابير تتخذ في النطاق الداخلي أو في النطاق الخارجي ، إما لتنظيم علاقات الحكومة بالسلطة العامة الداخلية أو الخارجية في حالتها الهدوء والسلام وإما لدفع الأذى والشر عن الدولة في الداخل أو في الخارج في حالتها الاضطراب والحرب ...» .

ولقد حاولت محكمة القضاء الإداري أن تضع أمثلة للأعمال الحكومية بقولها «فهي تارة تكون أعمالاً منظمة لعلاقة الحكومة بمجلس البرلمان أو منظمة للعلاقات السياسية بالدولة الأجنبية ، وهي طوراً تكون تدابير تتخذ للدفاع عن الأمن العام من اضطراب داخلي أو لتأمين سلامة الدولة من عدو خارجي ، وذلك كإعلان الأحكام العرفية أو إعلان الحرب أو المسائل الخاصة بالأعمال الحربية . وهذه وتلك إنما هي أعمال وتدابير تصدر عن سلطة الحكم لا عن سلطة الإدارة . والضابط فيها معيار موضوعي يرجع فيه

إلى طبيعة الأعمال في ذاتها لا إلى ما يحيط بها من ملابسات عارضة»^(١١).
 أما المحكمة الإدارية العليا في مصر فقد قررت في حكمها الصادر في العاشر من ديسمبر سنة ١٩٦٦ بأن معيار التفرقة بين الأعمال الإدارية... وبين أعمال السيادة.. مرده إلى القضاء الذي ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح عليه، وما إذا كان يعد عملاً إدارياً عادياً يختص بنظره أو عملاً من أعمال السيادة يتمتع عليه النظر فيه، وأن ما يعتبر في بعض الظروف عملاً إدارياً عادياً، قد يرقى في ظروف أخرى إلى مرتبة أعمال السيادة، لارتباطه في ظل الظروف الجديدة بسياسة الدولة العليا أو بأحوالها الاجتماعية أو الاقتصادية المتطورة»^(١٢).
 أما الفقه الفرنسي فبعد محاولات كثيرة لوضع معيار للتفرقة بين الأعمال الحكومية والأعمال الإدارية انتهى إلى ترك هذا الأمر كله لتقدير القضاء.
 أما الفقه المصري فقد انتهى كذلك إلى أنه «ليس ثمة معيار قاطع في التعرف على طبيعة عمل السيادة، وأن عمل السيادة في مصر - كما هو الشأن في فرنسا - هو كل عمل يقرر له القضاء هذه الصفة»^(١٣).

الفصل الثاني

دور العرف في الشرائع المختلفة

العرف لعب دوراً كبيراً في الشرائع القديمة، في قانون «دراكون» الصادر سنة ٦١ ق م، وقانون «صولون» الصادر في أثينا سنة ٩٤ ق م وقانون «حمورابي»^(١٤) في بابل، وقانون «مانوا»^(١٥) في الهند، وقانون «جو» في الصين^(١٦). ويذهب الفقه إلى أنه على الرغم من أن القانون المدني الصيني الأخير - قبل النظام الشيوعي - قد أدخل مبدأ المساواة بين الورثة ولم يفرق بين إناث وذكر في اقتسامهم تركة مورثهم - نجد أن ما كان يجري عليه العمل تطبيقاً لعرف مطبق فإنه يميز الولد الأكبر بنصيب من التركة. ويوجد مثل هذه الأعراف في الفيتنام.

ولقد حافظ العرف على هذا المركز القانوني حتى في أغلب الحضارات الحديثة عهداً، ففي الحضارات العراقية القديمة ومصر الفرعونية، استحال العرف الذي كان سائداً بين سكان ما بين الرافدين القدماء ونهر النيل إلى شرائع قانونية مدونة. ونشير، مثلاً، إلى قانون «بالاما»^(١٧) وقانون «لبت عشتان»^(١٨) وقانون «صولون»^(١٩).

لما كانت للعادات التي ألفها الناس وساروا عليها مدة من الزمن في حياتهم وتصرفاتهم، وللأعراف التي تعارفوها، وعملوا بمقتضاها أجيالاً متعاقبة في مجتمعاتهم، ومعاملاتهم، سلطان على مسلك الناس، وأثر عميق في النفوس حتى ذهب الناس إلى القول «العادة أم الطبيعة» وجاء في الأمثال القديمة «العادة أملك من الأدب».

الفصل الثالث

دور العرف في قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة

فقد اعتبر المشرع دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق والعرف بغير ذلك (م ١٤٨). كما أجاز المشرع للقاضي أن يحدد مدة خيار الشرط طبقاً للعرف في العقود اللازمة التي تحتل الفسخ إذا لم يتفقا أطراف العقد على تحديدها (م ٢١٩). كما أن آثار العقد لا تقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ولكن تتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف (م ٢/٢٤٦). وللعرف دور في تفسير العقد فنص المشرع في المادة ٢/٢٦٥ من نفس القانون على أنه «أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات» وفي أحكام الوكالة نص المشرع على أن «من قام بفعل نافع للغير دون أمره ولكن أذن به القاضي أو أوجبه ضرورة أو قضى به عرف فإنه يعتبر نائباً عنه» (م ٣٢٥) وفي تحديد الثمن المبيع يلعب العرف دوراً، فإذا لم يكن في مكان وزمان البيع سوق اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية (م ٥٠٤). ويستحق الثمن معجلاً ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلاً أو مقسطاً لأجل معلوم (م ٥٠٨). وكل ما يجري العرف على اعتباره من توابع المبيع يجب تسليمه مع العقد ولو لم يذكر في العقد (م ٥١٧).

ولقد اعتد المشرع بدور العرف في عقود البناء والشجر والأرض والزرع فنص في المادة ٥١٨ على أن «العقد على البناء أو الشجر يتناول الأرض التي يقوم عليها البناء والأرض التي تمتد فيها جذور الشجر والعقد على الأرض يتناول ما بها من بناء وشجر إلا إذا اقتضى شرط أو عرف غير ذلك في العقدين».

أما بيع الأرض فلا يتناول ما عليها من زرع إلا إذا قضى شرطاً وجرى عرف على خلاف ذلك (م ٥١٦). ولكن بيع الشجر أصالة أو تبعاً للأرض فإنه يتناول ما عليه من ثمر لم يؤبر أو لم ينعد كله أو أكثره. فإن كان مؤبراً أو منعقداً كله أو أكثره فلا يتناوله العقد إلا إذا قضى شرط أو جرى عرف بتبعيته لأصوله (م ٥٢٠). أما العقد على الزرع الذي يؤخذ جداً فلا يتناول الخلفة إلا إذا قضى شرطاً وجرى عرف على خلاف ذلك (م ٥٢١).

وكذلك عني الشرع الإسلامي بمراعاة العرف السليم ومسايرته، حتى يسهل على الناس قبولها، ولا يجدوا في تطبيقها مشقة وصعوبة، ولا يجدوا ضيقاً وحرَجاً في الاستفادة بها في معاملاتهم وتصرفاتهم اليومية، لأنه غير مجاف لما تعارفوه وألفوه واعتادوه وتعاملوا به.

ولقد تعرض الإسلام في تشريعه وتقنينه في وضع الأحكام الشرعية لعرف العرب وعاداتهم التي كانت سائدة وقت نزول الوحي، وقائمة عند التشريع، وتناولها بما يتفق ومقاصد الشريعة السمحاء وتحققه من اليسر على الناس لا العسر. تأكيداً لقوله تعالى: «وما جعل عليكم في الدين من حرج» فلقد أقرت الشريعة الإسلامية العرف، واعتبرت العادات الملزمة واجبة الاتباع كالقواعد المسنونة^(٢٠)، إذا لم تخالف قاعدة أقرتها المشروعية العليا ولذا عرفه البيري في شرحه للأشباه، والنظائر نقلاً عن «المستصفي» بقوله «العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول».

وقال العلامة «علي حيدر» شارح مجلة «الأحكام العدلية» في تعريف العادة عند شرحه المادة ٣٦ العادة محكمة ما نصه: هي الأمر الذي يتقرر بالنفوس، ويكون مقبولاً عند ذوي الطبائع السليمة بتكراره المرة بعد المرة. على أن لفظ «العادة» يفهم منها تكراراً لشيء ومعاودته بخلاف الأمر الجاري صدفة مرة أو مرتين، ولم يعتده الناس فلا يعد عادة ولا يبنى عليه حكم. والعرف بمعنى العادة. ويذهب الشيخ عمر عبد الله^(٢١) إلى أنه يؤخذ من هذه التعريفات الاصطلاحية للعرف أن العرف والعادة في الاصطلاح الفقهي معناهما واحد، فقد عرفهما صاحب «المستصفي» بتعريف واحد ونص شارح «المجلة العدلية» على أن العرف بمعنى العادة. فيكون عطف العادة على العرف في قولهم بدلالة العرف والعادة وأمثاله من باب التأكيد لا التأسيس، فلا تفيد كلمة العادة معنى غير معنى العرف.

أما بالنسبة إلى المجتمعات الحديثة وإلى نظمها السياسية فلا خلاف في أن العرف لا يزال مصدراً مادياً مهماً للقانون، ففي إنجلترا نجد أن للعرف الدستوري أهمية مرموقة. ويذكر الأستاذ جينجز Jennigs أنه يقدم اللحم الذي يكسو عظام القانون المجردة، ويجعل في الإمكان أعمال النصوص الدستورية ومسايرتها للأفكار المتطورة».

والعرف كان ولا يزال مصدراً تمليه الضرورة والواقع وطبائع الأشياء وهو المصدر الشعبي الأصل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة، ويعتبرونه وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات. بل إن هذا المصدر سيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية، بل يتناول المعاملات المدنية التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني^(٢٢). ويظهر ذلك في قانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ في دولة الإمارات العربية المتحدة باعتبار أن التشريع بدأ فيها حديثاً نسبياً.

ويكون تسليم المبيع في كل شيء حسب طبيعته ووفقاً لما جرى عليه الاتفاق أو العرف (٢/٥٢٥). أما تسليم الثمن فيلتزم المشتري بسداده معجلاً في مكان وجود المبيع وقت العقد ما لم يوجد اتفاق أو عرف يغير ذلك (م ١/٥٦٢).

ويرجع القاضي إلى العرف في حالة تضمين عقد السلم شروطاً مجحفة إجحافاً بينا وذلك لرفع هذا الإجحاف (١/٥٧٤). أما في عقد الهبة والشركات بوجه عام فلم يكن للعرف دور، بل اتجه المشرع إلى أن للتشريع الدور الأساسي ووجد في العرف المصدر الخصب بجانب التشريع، فقرر الرجوع إلى العرف لتحديد مواعيد سداد الأجرة المستحقة عن وحدة زمنية وإلا حددها القاضي بناء على طلب من صاحب المصلحة (م ٢/٧٥٢) وفي حالة الخلاف بين المؤجر والمستأجر على صيانة الشيء المؤجر فيمكن الرجوع إلى العرف لتحديد القدر المتعارف عليه وتحديد ما يلزم دفعه كل منهما (م ٧٦٧، ٧٦٨) ويضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في الشيء المؤجر من عيوب تحول دون الانتفاع أو تنقص منه نقصاناً فاحشاً ولا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها (م ١/٧٧٢).

أما المستأجر فلا يجوز له أن يتجاوز في استعمال الشيء المؤجر حدود المنفعة المتفق عليها في العقد، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقاً لما أعدله وعلى نحو ما جرى عليه العرف وجب عليه ضمان ما ينجم عن فعله من ضرر (م ٧٧٧). ويلزم المستأجر بإجراء الترميمات التي تم الاتفاق عليها أو جرى العرف على أنه مكلف بها. وعليه خلال مدة الإيجار تنظيف الشيء المؤجر وإزالة ما تراكم فيه من أتربة أو نفايات وسائر ما يقضي العرف بأنه مكلف به (م ٧٧٩).

ولم يكن العرف بعيداً عن حالات انتهاء عقد الإيجار، فيجوز لأحد المتعاقدين لعذر طارئ يتعلق به أن يطلب إنهاء عقد الإيجار وحينئذ يضمن ما ينشأ عن هذا الإنهاء من ضرر للمتعاقد الآخر في الحدود التي يقرها العرف (م ١/٧٩٤).

وفي العلاقات التي تنظم شؤون الزراعة يلعب العرف دوراً ليس بالقليل، فيلتزم المؤجر بإجراء الإصلاحات التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة، وعلى المستأجر إجراء الإصلاحات التي يقتضيها الانتفاع المعتاد بالأرض وصيانة آلات السقي والمصارف والطرق والقناطر والآبار. وهذا كله ما لم يجر الاتفاق أو العرف بغير ذلك (م ٨٠٥).

وإذا استحق الشجر أو الثمر أو الزرع وكان المتعاقدان في المساقاة أو إحداهما قد اتفق أو قام بعمل ذي أثر في نمو الشجر أو الثمر أو الزرع ترتب ما يلي بحسب الأحوال.

فإذا أجاز المستحق عقد المساقاة حل محل من قدم الشجر أو الزرع تجاه المساقى في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ويؤدي المستحق إلى من قدم الشجر أو

الزراع مثل ما أنفق من نفقات نافعة بحسب العرف .

فإذا لم يجز المستحق العقد ، وكانت المساقاة بحسن نية دون علم أحد من الطرفين بسبب الاستحقاق كان للمستحق الخيار إما أن يأخذ ما استحقه ويدفع للمساقي أجر مثله ويؤدي لمن قدم الشجر أو الزرع ما أنفق من نفقات نافعة بحسب العرف . وإما أن يترك لهما الغلة إلى نهاية موسمها ويأخذ ممن قدم الشجر أو الزرع تعويضاً عادلاً بحسب العرف عما فاته من منفعة بسبب هذا الانتظار .

فإذا كان أحد المتعاقدين سيء النية والآخر حسنها ترتب لحسن النية منهما على المستحق تعويض عادل بحسب العرف عما أفاد الشجر أو الثمر أو الزرع بنفقته أو بعمله (م ٨٣٠) .

فإذا قصر المساقي في القيام بالعمل الذي شرط عليه أو جرى به العرف ، فإنه يحط من نصيبه في الغلة بنسبة ما قصر فيه من عمله (م ٨٣٣) .

أما عقود المقاولات فإن حكمها حكم عقود العمل فإن للعادات والعرف دور بارز ويظهر في التزامات المقاول أو التزامات صاحب العمل . فمثلاً إذا اشترط صاحب العمل أن يقدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها طبقاً لشروط العقد إذا وجدت ، وإلا فطبقاً للعرف الجاري (م ١/٨٧٥) .

ويلتزم المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته ما لم يقضي الاتفاق أو العرف بغير ذلك .

ويلتزم صاحب العمل بدفع البذل عند تسليم العقود عليه إلا إذا نص الاتفاق أو جرى العرف على غير ذلك (م ٨٨٥) . أما عن أجر المهندس الذي قام بتصميم البناء والإشراف على تنفيذه ، فإذا لم يتفق عليه استحق أجر المثل طبقاً لما جرى عليه العرف (١/٨٨٩) . وكذلك العامل فإذا لم يكن الأجر مقدراً في العقد كان للعامل أجر مثله طبقاً لما جرى عليه العرف ، فإذا لم يوجد عرف تولى القاضي تقديره وفقاً لمقتضيات العدالة (م ٢/٩٠١) . فإذا كان العمل العقود عليه تعليم شيء مما يكون في تعليمه مساعدة من المتعلم للمعلم ولم يبين في العقد أيهما يستحق أجراً على الآخر فإنه يتبع في ذلك عرف ذوي الشأن في مكان العمل (م ٩٠٤) .

وملاحظات الأجر تأخذ حكمه من حيث أثر العرف فيها ، فكل منحة تعطى للعامل علاوة على المرتب وما يصرف له جزاء أمانته أو مقابل زيادة أعبائه العائلية وما شابه ذلك إذا كانت هذه المبالغ مقررة في عقود العمل الفردية أو لوائح المصنع أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح عمال المصنع يعتبرونها جزءاً من الأجر لا تبرعاً على أن تكون هذه المبالغ معلومة المقدار قبل الحجز (م ١/٩٠٢ ج) . أما الهبة فلا تلحق بالأجر إلا في الصناعة أو التجارة التي جرى عليها العرف بدفع هبة وتكون لها قواعد تسمح بضبطها (م ٢/٩٠٢) . ويكون أداء الأجر للعامل في الزمان والمكان اللذين

يحدد هما العقد أو العرف (م ٢/٩١٢). أما إطعام العامل أو كسوته فيلزم صاحب العمل بهما إذا جرى العرف به سواء اشترط ذلك عليه أم لا (م ٩١٥). وفي مقابل ذلك يلتزم العامل بكل ما جرى العرف على أنه من توابيع العمل ولو لم يشترط في العقد (م ٩٠٦). وعليه أن يحتفظ بأسرار صاحب العمل الصناعية والتجارية ولو بعد انقضاء العقد وفقاً لما يقتضيه الاتفاق أو العرف (م ٥/٩٠٥). ولكن في عقد الوكالة لم يكن للعرف دور هام فلم يشر إليه المشرع إلا في نصين، الأول في الفقرة الثانية من المادة ٩٢٧ بقوله «إذا كانت الوكالة خاصة، فليس للوكيل إلا مباشرة الأمور المعينة فيها وما يتصل بها من توابيع ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات الموكلة بها أو العرف الجاري». والثاني في الفقرة الأولى من المادة ٩٤٦ بقوله «إذا كان الوكيل بالمبيع غير مقيد بالمبيع نقداً فله أن يبيع مال موكله نقداً أو نسئة حسب العرف».

أما عقد الإيداع فلم يلجأ فيه المشرع إلى العرف إلا في بعض الأحكام بمناسبة تحديد الأجر عن حفظ الوديعة أو أجر المحل الذي وضعت فيه. فقرر المشرع ليس للمودع عنده أن يطلب أجره على ذلك إلا إذا اشترط ذلك عند الإيداع أو جرى عرف خاص به (٩٦٥). وفي حالة الإنفاق على الوديعة في حالات الضرورة أو المستعجلة فيجوز للمودع عنده أن ينفق بالقدر المتعارف ويرجع بما أنفقته من ماله على المودع (م ٩٨٨). ولا تختلف عقود الضرر عن عقد الإيداع أو حق المجري فإن المشرع لن يلجأ فيها إلى العرف إلا في عقد الراتب مدى الحياة فقرر في الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٢ بأنه «إذا تعلق الالتزام بتعليم أو علاج أو اتفاق فإنه يجب الوفاء به طبقاً لما جرى به العرف إلا إذا تضمن الالتزام غير ذلك وفي حق المجري بقوله إذا ثبت لأحد حق المجري في ذلك أجر وتحقق ضرره فعلى صاحب المجري تعميمه وإصلاحه لرفع الضرر، فإذا امتنع جاز لصاحب الملك أن يقوم به على نفقة صاحب المجري بالقدر المعروف».

الفصل الرابع

دور العرف كمصدر للأعمال الإدارية

المبحث الأول

في نطاق القانون الدستوري

في سائر فروع القانون الخاص منها والعام على السواء^(٢٣) يلعب العرف دوراً. فيعتمد القانون الدولي العام على العرف اعتماداً كبيراً. وذلك بسبب عدم وجود سلطة عليا تختص بالتشريع بالنسبة للمجتمع الدولي^(٢٤). كما أن العرف يعد مصدراً من مصادر القانون الدولي الخاص. ولقد كان العرف المصدر الوحيد للقانون الدستوري، قبل ظهور

الدساتير المكتوبة، وأنه لا يزال العرف مصدراً لبعض المسائل الدستورية، وهو الأمر الذي يفسر الاهتمام بدراسة الأعراف القائمة في هذا المجال^(٢٥).

ويقول الأستاذ فالين أن الدستور الإنجليزي هو دستور عرفي وذلك لأن قسماً كبيراً من القواعد، التي يعتقد الإنجليز أنها تكون دستور بلادهم، لم تكن ضمن نصوص القانون المكتوب. هذا بالإضافة إلى أن كل قاعدة دستورية مكتوبة لم تأخذ صفتها هذه إلا بعد أن قبلها الرأي العام، أي بعد أن أصبحت قاعدة عرفية. أي يلتزمون بالعادات التي لا يمكن إبعادها دون مخالفة القانون وهذه العادات تسمى Convention de la constitution، وتظهر أهمية العرف الدستوري في إنجلترا من استطلاع المجال الذي يسيطر عليه، ويشمل هذا المجال موضوعين رئيسيين.

أولاً: تنظيم اختصاصات السلطة التنفيذية ولاسيما في علاقاتها مع البرلمان. وفي هذا المجال، يحدد العرف الدستوري معظم القواعد المتصلة بكيفية تشكيل الوزارة وممارستها لسلطاتها كما هو الشأن بالنسبة إلى ما يلي: الملك مقيد بأن يستعمل سلطاته بناء على مشورة وزرائه وعن طريقهم. الملك مقيد بأن يدعو البرلمان إلى الاجتماع مرة كل سنة. الملك مقيد بأن يصدق على مشروعات القوانين التي يقرها مجلس البرلمان أو مجلس العموم وحده على حسب الأحوال. الوزراء مسؤولون بالتضامن أمام البرلمان عن السياسة العامة للوزراء. الوزارة تستمد سلطاتها من تأييد أغلبية الأعضاء في مجلس العموم فإن فقدت ثقتهم وجب عليها الاستقالة.

ثانياً: تنظيم اختصاصات مجلس البرلمان (العموم واللوردات) ولاسيما في علاقتهما المتبادلة فيما يخص بهذا المجال.

وأهمية العرف بالنسبة للنظم الدستورية ليس وقفاً على إنجلترا بل نجد له أثراً في النظام الدستوري الأمريكي والألماني وفي الجمهورية الخامسة في فرنسا، ذلك لأنه ليس في إمكان مشرعي أي دستور - كما يقول الدكتور إسماعيل مرزة - أن يتوقعوا كل شيء أو يتصوروا حلولاً لمسائل لم تثر بعد. فهم لا يشرعون للمستقبل البعيد جداً وإنما ينظمون وضعاً سياسياً حاضراً ويوضحون فكرة قانونية تبناها الرأي العام، أو يذكرون سوابق إما للاحتفاظ بها كتناليد عزيزة على القوم أو لعدم الرجوع إليها لتغير الظروف.

المبحث الثاني

مدلول العرف في مجال القانون الإداري

وفي مجال القانون الإداري فإن الفقه يتجه إلى مذاهب، فيرى فيه البعض^(٢٦) أنه وإن كان غير منكور، فهو عملاً غير مذكور، بينما يرى البعض الآخر أن دور العرف ضعيف بسبب تبدل، وتشعب النشاط الإداري^(٢٧)، وإن أهميته في القانون الإداري ثانوية إلى حد

كبير^(٢٨). بينما أتجه مع فريق من الفقهاء إلى أن فكرة العرف في حد ذاتها عويصة معقدة، شأنها في ذلك شأن النظريات المتعلقة بمصادر القانون وإنها مازالت تثير كثيراً من الجدل والخلاف^(٢٩)، لأنه يعتبر عنصراً من عناصر المشروعية فضلاً عن كونه مصدراً من مصادر القواعد الإدارية. مما يوجب على الإدارة بعدم التمييز بين المخاطبين بأحكام به، والتمييز بين الحالات التي تطبق عليها هذه الأحكام مما يمنع الإدارة من الاستبداد ويحول دون طغيانها^(٣٠). فالعرف الإداري يتصل بمسائل هامة في حياة المواطنين مثل مسائل الحرية والملكية، وغير ذلك من المسائل. ومفهومه يختلف من قانون إلى آخر، فالمفهوم المدني للعرف ينصرف إلى العادة الملزمة قانوناً أي «العادة التي تتأصل إلى حد الإلزام بسبب اطراد الأفراد على حكم معين مع شعورهم بأنه ملزم قانوني، على أن تكون لهذه العادة صفة العموم، والقدم، والثبات»^(٣١). والمفهوم الدولي للعرف «هو مجموع الأحكام القانونية الناشئة من تكرار التزام الدولة في تصرفاتها مع غيرها في حالات معينة بوصفها قواعد ثبت لها في اعتقاد الدول المتحضرة وصف الإلزام القانوني»^(٣٢).

أما المفهوم الدستوري للعرف يقتضي «جريان الهيئات الحاكمة على عادة معينة في موضوع من موضوعات القانون الدستوري مع قيام الإحساس في ضمير الجماعة بوجوب احترام هذه العادة باعتبارها قاعدة قانونية ملزمة»^(٣٣)، أما مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية بأنه «ما استقر في النفوس من جهة النقول، وتلقفته الطوائع السليمة بالقبول»^(٣٤).

والعرف الإداري وليد نشاط الإدارة، ومن غير المتصور وجوده خارج أروقة الإدارة، فيعرفه الدكتور محمد فؤاد مهنا بأنه «العادات المتبعة في كل مرفق فيما يتعلق بتصرف شؤونه»^(٣٥). بينما يذهب الدكتور توفيق شحاتة بقوله أنه «سير الإدارة على منوال أو هو سلوك الإدارة»^(٣٦).

ويعرفه القضاء الإداري المصري «بأن تسير الجهة الإدارية على نحو معين في مواجهة حالة معينة، بحيث تصبح القاعدة التي تلتزمها مختارة بمثابة القانون المكتوب» محكمة القضاء الإداري في الحكم الصادر بتاريخ ٢٢ يونيو ١٩٥٧.

«تري أن العرف الإداري هو، استقرار الإدارة العامة المختصة بصفتها سلطة عامة على قاعدة تنظيمية عامة، واقتران هذه القاعدة بالالتزام الإدارة بها وخضوع الأفراد لحكمها وألا تكون قد نشأت مخالفة للقانون».

المبحث الثالث

الفرق بين العرف والعادة

يتم أحياناً خلط بين العرف والعادة، ومن صور الخلط، إعطاء العرف مدلولاً متسعاً يشمل كل قاعدة قانونية تنشأ خارج التشريع، فالعرف في نظر هذا الرأي يشمل العادات وأحكام المحاكم وإجماع الفقه، ثم المبادئ العامة للقانون^(٢٧). ومن مظاهر هذا الخلط اعتبار العرف الإداري نوعاً من أنواع اللائحة، فلقد ذهبت محكمة النقض المصرية بأنه «لا محل للقول بأنه لا توجد لوائح تقضي بأن يلتزم سائق السيارة السير على يمين الميدان محل الواقعة ويدور حوله. لأن العرف جرى بأن يلتزم سائقو السيارات الجانب الأيمن على الطرق دائماً».

ولو تأملنا في القاعدة العرفية لوجدنا أنها تنشأ من الانتشار، وهذا ما ينفي عنها صفة الغموض، وإلا كيف يمكن للأفراد، أن يعتنقوها، ويقبلوا بأحكامها. فالعرف - لغة - يفيد الوضوح والظهور، في حين أن العادة - وهي مرحلة من مراحل العرف - تفيد التكرار والمعادة، دون الوضوح. فالوضوح قد يقترن بالعادة، فيقودها إلى إنشاء العرف.

وتبعاً لهذا التحديد، فالوضوح وصف للمضمون المادي للقاعدة، ولا علاقة له بالركن المعنوي، وبالمقابل فقد تتسم القاعدة المكتوبة بالغموض دون أن يؤثر ذلك على قيمتها القانونية.

للعرف القدرة على توليد الأحكام القانونية، على خلاف العادة فليس لها هذه المكنة. ولذلك يرى الفقه أنه لا يؤخذ بالعرف إذا كان مخالفاً لقواعد العدل. وقد تأكد هذا الشرط في بعض النصوص القانونية^(٢٨).

ويرى بعض الفقهاء «أنه إذا كان شرط المعقولة أمراً لازماً في العرف بوجه عام، فإنه أكثر استلزاماً في حدود الشرط السلبي للعادات الإدارية، وذلك حتى يمتنع على الإدارات العامة الاعتيادي على أمور مخالفة للعقل، لاسيما أن الأعراف، الإدارية تتعلق بالمصالح العامة»^(٢٩).

ويتحفظ البعض على هذا الشرط بقوله «أنه لا يمكن للعرف - مهما كانت صفته - أن يتعارض مع الأسس العامة للمجتمع، ومن جهة أخرى، فإن هذا الشرط لا يصدق إلا في حق العرف المحلي أو الطائفي، إذ قد يتصادم هذا العرف مع ما استقر في الجماعة من قواعد متعلقة بالنظام العام والآداب. أما العرف الشامل فلا مجال للقول باسقاط موافقته للنظام العام والآداب العامة، لأنه هو نفسه يتكون في الجماعة، ويساهم في تحديد النظام العام والآداب فيها»^(٣٠).

إنني أخالف الرأي الأخير لأن الأمر يختلف من العرف الإداري عن العرف الخاص، فإن صدق الحديث عن العرف الخاص فإنه لا يصدق على العرف الإداري لأنه يختلف من إدارة إلى إدارة خاصة ومن مصلحة إلى مصلحة أخرى وبالتالي يجب ألا يخالف المعقول، وأن يتوافر فيه العلانية والذئوع، بشرط أن يكون معلوماً لمن ينطبق عليهم. فالعرف هو «اطراد السلطات العامة على اتباع مسلك معين واقعي أو قانوني»^(٤١).

ويذهب البعض إلى «أنه إذا لم يكن لشروط الذئوع في مجال القانون الخاص أهمية، بسبب نشوء العادة فيما بين الأفراد، وسهولة علمهم بها، فإن هذه الأهمية تبذر في العادات الإدارية، ومن الصالح العام استلزام توافر شرط ذئوع ما تجري عليه الإدارة من عادات حتى لا تأتي أعمال حكمها مفاجئاً لهذا الحكم»^(٤٢). وتذهب المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات في حكمها ١٠٨ للسنة الخامسة الصادر بتاريخ ٣٠ من مايو ١٩٨٤ إلى أن «من المقرر - في الشريعة الإسلامية والقانون على السواء - في شأن تفسير الالتزامات والعقود أنه إذا كانت عبارة الالتزام أو العقد صريحة واضحة فإن القاضي ملزم بأن يأخذ بها ولا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر. والمقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ والمفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة، فإذا ما أراد القاضي حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها لزمه أن يبين في الحكم الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك، فإذا لم تبلغ عبارات الاتفاق أو الالتزام في الوضوح الحد الكافي تعين على القاضي عند التفسير البحث عن النية المشتركة لطرفي الاتفاق مع الاستهداء بطبيعة التعامل، بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة وفقاً للعرف الجاري في المعاملات.

ويذهب بعض فقهاء القانون^(٤٣) العام وفقهاء الخاص^(٤٤) إلى أن يقوم العرف على الرضا وعدم الإكراه بينما يتحفظ بعض فقهاء القانون العام على اشتراط عدم الإكراه في العرف بقولهم.. إن عنصر الإكراه له دلالة على صعيد العمل الإداري، بسبب وجود بعض الأعمال الإدارية التي تنفذ جبراً على الأفراد، كما أن هؤلاء قد ينفذونها توكيلاً للعقوبة التي تصدر بحقهم بسبب عدم التنفيذ»^(٤٥).

ففي هذه الأعمال ينعدم أي دور للأفراد في إنشاء العمل الإداري وإن كان تنفيذهم للقرار لا يعني القبول، بل إن هذا القبول لا بد أن يكون صريحاً، ولا مجال فيه للافتراض^(٤٦).

ولكن قضاء مجلس الدولة المصري يذهب إلى اعتبار العادة القائمة على الإكراه فاسدة^(٤٧) وأيده الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد بقوله «وقد اعتبر عدم الاعتداد بالعمل القانوني القائم على الإكراه متفرع على مبدأ احترام الحريات العامة وحقوق المواطن»^(٤٨).

المبحث الرابع أركان العرف الإداري

العرف الإداري - مثله مثل بقية الأعراف - شكل من أشكال الصناعة القانونية وإن هذه الصناعة ليست في النهاية إلا إجراء مهمته إظهار العنصر الداخلي^(٤٩). ولا شك أن العمل الإداري هو محور نطاق العرف الإداري، المادة الأولية التي يقوم عليها بناؤه. وحتى يكون قاعدة ملزمة ومصدراً من مصادر القانون الإداري، يلزم توافر فيه ركنين أحدهما مادي والآخر معنوي. فالركن المادي: دليل وجود الركن المعنوي، وفي نفس الوقت يرسخ اعتناق الإدارة للقاعدة العامة التنظيمية، بحيث تنتقل من عالم الإدراك إلى عالم القناعة والإلزام.

وفي هذا الشأن تقول محكمة القضاء^(٥٠) الإداري في مصر بأن «يقول العرف بتوافر ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي، ويعني بهما مضمون القاعدة العرفية، أي ما تنطوي عليه من تنظيم، وهو يتوافر إذا كان هناك سنة عامة مطردة تقادم عليها العهد، واستقر عليها العمل، وثم شعور الجماعة بضرورة احترام القاعدة وعدم الخروج عليها. فالركن المادي يتوافر باطراد الإدارة العامة على تصرف معين واستقرارها على قاعدة عامة تنظيمية لمدة من الزمن».

فالعامة تحقق معنى القاعدة، لأن القاعدة - أية قاعدة - تعني مخاطبة الأفراد بصفاتهم لا بذواتهم، وهذا الأمر لا يتحقق إلا إذا طبقت الإدارة التصرف القانوني في كل مدة تحققت بها الشروط.

وشرط المدة يكمل شرط التكرار، وأثر من آثاره، إذ كلما أمعنت الإدارة في التطبيق كلما ظهر أنها لا تطبق القاعدة بصورة طارئة ولا تعتنقها كنزعة عابرة مؤقتة^(٥١) بل تنجبه نيتها إلى الالتزام بالقاعدة. ولكن قد يتحقق التكرار^(٥٢) والاطراد خلال مدة وجيزة، وفي هذه الحالة يلزم البحث عن المدة باعتبارها تكشف عن اعتناق الإدارة للقاعدة العرفية.

وتقول محكمة القضاء الإداري المصرية في هذا المقام «وشرط العرف أن يكون عاماً متبعاً من غالبية من يعينهم الأمر، وأن يكون قديماً أي استقر، ومضت على اتباعه فترة من الزمن تتناسب مع طبيعة الوضع وتقدير ذلك مرجعه للقضاء الذي يثبت في كل حالة كون القاعدة العرفية قد مضى عليها اطراد العمل بها زمن كاف يؤكد ثباتها واستقرارها. ومعنى الثبات أن يطرد الأمر على اتباع العرف بلا انقطاع في جميع الحالات حيث تتوافر شروط انطباقه»^(٥٣).

كما أن المحكمة سبق لها أن أكدت على عمومية القاعدة بقولها «إذا كانت اللائحة التي لم يصدر بها حتى الآن تشريح، إذ أنها لا تزال مشروعاً غير مقنن، ورغم ذلك التزمتها الجامعة وطبقتهها باطراد وأصبحت قاعدة تنظيمية عامة تعتبر مخالفتها مخالفة للقانون، ذلك أن المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة قانون أو لائحة، بل كل قاعدة جرت عليها الإدارة واتخذت منها منهاجاً»^(٥٤).

وتقول المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ ٢٤ من فبراير سنة ١٩٦٢ بأنه «يشترط لاعتبار العرف ملزماً أن يتوافر فيه شرطان: ١ - أن يكون عاماً، وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة وبصورة منتظمة. ٢ - ألا يكون قد نشأ مخالفاً للقانون»^(٥٥).

فالعرف الإداري ظاهرة حقيقية ذاتية، والإدارة العامة هي التي تضع القاعدة التنظيمية، وهي التي تعممها على الحالات المماثلة إذا توافرت الشروط القانونية، وهي التي تهيم على مسار حياتها، كل ذلك عن اقتناع منها ونية لإنشاء القاعدة العرفية، ومن ثم فلا مجال للقول على مسار الحياة الإدارية عن عفوية التاريخ وتأثير القوى الصامتة والتلقائية، كما هو الحال في مجال العرف في القانون الخاص.

ويقصد بعموم العرف «العمومية في التطبيق، وليس العمومية في النظام المكاني، فقد يوجد إلى جانب العرف العام أعراف محلية تسود في منطقة أو محافظة معينة أو إدارة معينة، فالمكان هو الوعاء المادي لسريان القاعدة، ومن ثم فقد تسري القاعدة على كافة أشخاص المجموعة القومية - على مستوى الدولة - أو يتحدد سريانها ضمن إطار مكاني محدد - كمدينة، إدارة. وطبعاً لا بد لتطبيق القاعدة من توافر شرط آخر يضاف إلى شرط المكان، هو شرط العمومية والتجريد المتعلقين بفرض القاعدة وحلها، أي لا يقصد بالعمومية من حيث الانطباع شاملاً الدولة بالمعنى الواسع أو شاملاً لكافة أنواع الموظفين العموميين أو مطبقاً في كافة الأقسام والإدارات، بل يكفي أن يكون سارياً في قسم أو إدارة أو مصلحة أو شخص قانوني عام، شريطة أن يتوفر في ذلك العموم النسبي في المجال الذي تسري فيه من حيث الأشخاص أو المكان أو الموضوع.

ولا يؤثر على عمومية العرف عدد الأشخاص المخاطبين بأحكامه فقد يكون هذا العدد شخصاً واحداً طالما تحقق شرط التوجه إليه بصفته لا بذاته. وكما أكد ذلك أحد الفقهاء بقوله «إن المقصود بالعمومية هو التجريد، وليس العموم العددي»^(٥٦). فهناك أعراف إدارية تقوم على شخص واحد مخاطب بالقاعدة «قواعد الاختصاص» وهنالك أعراف تسري في قسم إداري أو وحدة إدارية، وبالمقابل فهناك أعراف شاملة تسري على صعيد الدولة. فطبيعة العلاقة التي ينظمها العرف تلعب دوراً هاماً في تحديد بنية السوابق، اتساعاً وضيقاً. إذ الفرق واضح بين نشوء عرف إداري ينظم وظيفة دائمة، وأخرى مؤقتة، ومن ثم فال تكرار ونظامه وتعدد السوابق يختلف في الحالة الأولى عن الثانية^(٥٧).

المبحث الخامس

خصائص العرف الإداري

العرف الإداري هو ما يصدر عن الإدارة بوصفها سلطة عامة . وبالتالي يجب أن ينظر إلى نشاط الإدارة من خلال الأساليب الاستثنائية الخارجة على أحكام القانون المدني أو ما يسمونها بوسائل القانون العام .

وفي ضوء ما تقدم فلا يعد عرفاً إدارياً ، الأوضاع التي تجري على اتباعها الجهات الإدارية ، في إبرام عقودها مع الغير ، إذا ما قامت تلك الجهات بإبرامها كفرد عادي طبقاً للوسائل المدنية التي يستعملها الأفراد ، وطبقاً للأساليب والأوضاع الواردة في القانون المدني ، ولو اتصل موضوع هذه العقود بمرافق عامة إدارة وتسييراً . وكذلك الأوضاع التي تجري الجهات الإدارية على اتباعها بالنسبة لاستعمال أموالها الخاصة طبقاً لأحكام القانون الخاص^(٥٨) .

فالإدارة العامة عند مباشرتها للوظيفة الإدارية ، لا تنشئ عرفاً إدارياً إلا إذا استهدفت من ذلك المدلول الضيق لهذه الوظيفة ، ذلك النشاط المتعلق بالمصالح العامة والمرتبط بالشؤون العامة الإدارية ، والمقترن باستخدام وسائل السلطة العامة^(٥٩) . وترتيباً على ما تقدم فليس كل ما تقوم به الإدارة العامة يعتبر عرفاً إدارياً ولكن الذي يصدق عليه هذا الوصف هي أعمال الإدارة العامة التي تنسم بأعمال السلطة العامة . فإذا تخلف شرط منهما فقد العمل صفة العرف الإداري . على اعتبار أن العرف مظهر التعبير عن إرادة الإدارة كسلطة عامة عندما تباشر اختصاصاتها الإدارية ، وليست جهة تقوم على قدم المساواة مع الأفراد . ولذلك فالعرف الإداري هو عمل إداري ووظيفة إدارية ، يستخدم القرارات الادارية بشتى اشكالها ، والقرار الاداري هو العصب الحساس في حياة الإدارة ، ومن ثم فلا بد لهذا النشاط القانوني من أن يرتبط بقواعد الاختصاص . فالقواعد الإدارية العرفية - ولا شك - تخضع للنظرية العامة للعمل الإداري ، ومن ثم فلا يمكن إلا أن تكون تعبيراً عن ممارسة السلطة الإدارية لاختصاصاتها الإدارية . ولهذا يشترط بعض الفقهاء في أن يصدر العرف الإداري عن السلطة الإدارية المختصة بمباشرة التصرف الإيجابي أو السلبي الذي يكون محلاً للاعتياد الإداري^(٦٠) «فكرة الاختصاص من أهم علامات خضوع الإدارة للقانون ، ومن أهم معالم الدولة القانونية وهي حجر الزاوية في القانون الخاص .

وفكرة الاختصاص من أهم دعائم مبدأ الشرعية ، إذ الشرعية لا تعني التطابق مع النص ، وإنما تتحقق حيث توجد أهلية التصرف ، أي حيث تتحقق الشرعية العضوية أو ما يسمونها الشرعية الخارجية^(٦١) .

ومن أمثلتها في فرنسا العرف الإداري الذي كان يتضمن قيام الإدارة وتحديد نطاق الأموال العامة^(٦٢). وكذلك العرف الإداري المتضمن قيام الوزير باستشارة جماعات التمثيل المهني^(٦٣).

والعرف الإداري الذي استقر في مصر والمتضمن عدم نشر قرارات مجلس الوزراء المتعلقة بالوظيفة العامة، والاكتفاء بسليمها إلى الجهات الإدارية المختصة^(٦٤).

والعرف الإداري الذي اطرده على إضافة نفاذ القرارات الإدارية إلى تاريخ لاحق لصدورها^(٦٥).

والعرف الإداري الذي استقر في دولة الإمارات العربية المتحدة على أن الموظف لا تصرف له مستحقاته إلا بعد صدور الذاتية.

ويرى بعض الفقهاء أن نظرية «تخصيص الأهداف» أو مراعاة التخصص من قبل المؤسسات العامة في فرنسا هذه النظرية وليدة العرف الإداري^(٦٦).

المبحث السادس

مشروعية العرف الإداري

هل يشترط في العرف الإداري أن يتفق مع القانون أم لا يتعارض معه حتى يكون مشروعاً.

الإجابة على هذا التساؤل تقتضي إلقاء الظل على معنى الدولة القانونية في نطاق عمل الإدارة. تعني عبارة «الدولة القانونية» في هذا المجال هو «خضوع الإدارة للقانون»^(٦٧). ولكن ما معنى القانون، وما معنى خضوع الإدارة للقانون؟

نرى مع جمهور الفقهاء «أن معنى القانون يتسع لكافة القواعد القانونية التي تلتزم بها الإدارة سواء أكانت مكتوبة أم غير مكتوبة»^(٦٨). وبناء على ذلك لا تتضمن القواعد الفردية، لأن هذه القواعد ليست ملزمة في ذاتها، وإنما باعتبارها تطبيقاً لقاعدة عامة مجردة.

أما خضوع الإدارة للقانون يعني التزام كافة السلطات الإدارية فيما تمارسه من أعمال، وما تصدره من قرارات بالقانون^(٦٩).

ولما كان العرف الإداري هو عمل إداري ومشروعيته مرتبطة بمشروعية العمل الإداري. والأخير لا يكتفي فيه بأن يجعل من القانون حد Limite بل غاية، وذلك بتفسيره النص أو بوضعه موضع التطبيق^(٧٠). وبالتالي فإنه لا يكفي لمشروعيته العرف الإداري عدم التعارض مع القانون، وإنما لابد من التوافق مع نص القانون^(٧١). وفي هذا الشأن نذكر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية القائل «أن عيب مخالفة القانون، ليس مقصوراً على مخالفة نص في قانون أو لائحة بل هو يصدق على مخالفة كل قاعدة جرت

عليها الإدارة أو اتخذتها شرعة لها ومنهاجاً»^(٧٢).

فمن المسلم به أن العرف إن جاز أن يعدل أو يغير من القواعد القانونية المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفية، فإنه لا يجوز أن يخالف نصاً أمراً. والنصوص الإدارية جميعها قواعد أمرة لا يستساغ أن ينشأ عرف على خلافها.

وتأخذ محكمة استئناف أبوظبي من العرف مصدراً لتقدير التعويض فتذهب في حكمها رقم ٣١١ لسنة ١٩٨٢ مدني الصادر بتاريخ ٢١ من ديسمبر ١٩٨٣ إلى «أن مناط تقدير التعويض عند فسخ عقد المقاولة وقوع ضرر، فلا يفترض وجوده بمجرد وقف تنفيذ العقد من جانب أحد المتعاقدين، فقد لا ينفذ المدين التزامه ولا يصيب الدائن ضرراً، وأنه يقع على عاتق الدائن عبء إثبات حصول الضرر أو وجود العرف الملزم للتعويض».

وتجدر الملاحظة إلى أن التعارض بين القاعدة العرفية والنصوص التشريعية إنما يتم في نطاق تطبيق القاعدة العرفية، وليس في مجال آخر «إذا يمكن أن تطبق قاعدة عرفية في شخص إداري عام، ما دامت لا تتعارض مع أحكام هذا النظام، وإن تعارضت مع قواعد تشريعية أخرى مطبقة لدى شخص آخر. وبالتالي فلا مجال لإثارة التعارض بين القاعدة العرفية والنصوص إلا في الحدود التي تطبق فيها القاعدة، وليس مع أنظمة مطبقة في مجال آخر، كذلك فلا مجال لإثارة تعارض العرف الإداري السائد في أشخاص عامة أخرى أو في قسم إداري في ذات الشخص المعنوي»^(٧٣).

ولقد أرسى القضاء الإداري^(٧٤) المصري في أحكام عديدة مبدأ سمو التشريع على العرف فاشتترطت المحكمة الإدارية العليا لاعتبار العرف ملزماً أن يتوفر به شرطان:

١ - أن يكون عاماً، وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة، وبصورة منتظمة فإذا أغفل هذا الشرط فلا يرتفع العمل الذي جرت على مقتضاه الإدارة «مستوى العرف الملزم للإدارة».

٢ - أن لا يكون مخالفاً لنص قائم.

وبالتالي لا يصح، أن تنشأ الإدارة عرفاً على خلاف القواعد المقررة في القانون المكتوب، سواء كان ذلك القانون نصاً دستورياً، أم تشريعاً عادياً، أم لائحة. وإذا حدث ونشأ ذلك العرف فإنه يكون باطلاً، ولا ترتفع عنه صفة البطلان مهما طال الزمن، ويندرج تحت ذلك أن العرف الناشئ عن خطأ في فهم القانون لا يمكن التعويل عليه»^(٧٥).

ويسري نفس الحكم على الأعراف الدستورية، سواء، اعتبرت هذه الأعراف تساوي - من حيث القيمة القانونية - النصوص الدستورية أم القوانين العادية. لأن القواعد التشريعية توجد جميعاً في مرتبة واحدة، لذلك فالقواعد الدستورية هي الأخرى من مرتبة واحدة تقريباً، فيما عدا بعض الحالات الاستثنائية، أما القرارات الإدارية أو

القواعد ذات المصدر الإداري فإنها تأخذ مراتب مختلفة^(٧٦). والتدرج - كما هو معلوم - مبدأ عام^(٧٧)، يقوم على حقائق شكلية وموضوعية. وإن كان تدرج الأعراف الإدارية لا يمكن أن يقوم على أساس موضوعي «خضوع العمل الفردي للعمل العام»، وإنما على درجة العضو الإداري، وعلى الإجراءات المتخذة في إصدار العمل الإداري^(٧٨). لذلك فالأساس المعتمد للتدرج هو المعيار العضوي، ومن ثم فترتيب الأعراف الإدارية يحكمه تدرج السلطات المنشئة لهذه الأعراف «ذلك إن قوة القاعدة القانونية لا تحكمه الطبيعة الذاتية لهذه القاعدة، بل تعتمد على مكانة السلطة التي أصدرتها»^(٧٩). فالقاعدة العرفية تحتل في سلم القواعد القانونية المرتبة التي تحتلها السلطة التي جرت عليها، وعليه فالقاعدة العرفية تلغى بقاعدة عرفية مخالفة لها وتماثلها في المرتبة أو تعلو عليها. كما أنها قد تلغى بنص مكتوب صادر من السلطة صانعة العرف أو صادرة من باب أولى من سلطة إدارية أعلى منها أو عن السلطة التشريعية، ولكن القاعدة العرفية لا تستطيع الخروج على قاعدة عرفية أو مكتوبة تصدر من السلطة الأعلى^(٨٠).

الخاتمة :

نلخص مما سبق إلى أن العرف يعتبر مصدراً من مصادر القانون سواء العام أو الخاص وله دور كذلك في الشرائع القديمة وفي الشريعة الإسلامية إلا إذا تعارض مع نص قطعي. وبرز هذا الدور في نطاق قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات باعتبار أن هذا القانون استقصى أغلب أحكامه من الفقه الإسلامي كما أنه ينظم علاقات اجتماعية غلبت عليها القواعد العرفية فترة من الزمان بل ساد فيها لغياب القواعد التشريعية المنظمة.

كما أنه لا يقل أهمية في نطاق عمل الإدارة عن دوره في المجالات الأخرى على أساس أن الإدارة تلتزم بالقانون بمعناه العام فإذا تخلف عن الاستجابة إلى متطلباتها وانتهجت سبيلاً معيناً واتخذت منه قاعدة عامة تسير عليها بانتظام وكانت نيتها في ذلك واضحة دون لبس أو غموض واعادة على هذه القاعدة دون أن تصطدم بأي قاعدة تشريعية وجب عليها احترامها. لكن هذا لا يحول بين الإدارة وبين العدول عن هذه القاعدة لأن عمل الإدارة متطور تطوراً احتياجات الأفراد ولكن لا يجوز لها أن تعدل عن عمل وتعود إليه ثانية، فإذا طبقت قاعدة معينة واضطرت على تطبيقها وجب عليها الالتزام بها إلى أن تتجه إرادتها - استجابة لمتطلبات عملها - أن تعدل عنها، فتصدر قاعدة تشريعية - إذ لعوامل البيئة وطبيعة الوظيفة ومسؤولياتها شأن كبير في توجيه السلطة الإدارية الوجهة التي تراها محقة للمصلحة العامة، ومتفقة مع حسن انتظام المرفق العام، وليس فيما تترخص فيه الجهة الإدارية إخلال بالتدرج التشريعي، لأن تقدير هذا الاستحسان أو تلك الملائمة وما إلى ذلك من الوجوه والاعتبارات الباعنة على ترخيص الإدارة في هذه الملائمة واتجاهها إلى وضع قواعد منتظمة وعامة تسير عليها إلى أن تصدر أداة تشريعية هو من الأمور الداخلة في سلطتها التقديرية.

تم بحمد الله

الهوامش

- (١) الدكتور عثمان خليل عثمان - القانون الإداري - الطبعة الثانية - ١٩٥٠ ص ١٢ .
- (٢) الدكتور عثمان خليل - المرجع السابق - ص ٣٥ .
- (٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - السنة السابعة - العدد الثاني - ص ٣٥٥ .
- (٤) Relland: Précis de droit administratif, 1947 p. 45. jéze (G): Les principes généraux de droit administratif. 1925.
- Duguit: Traité de droit constitutionnel, tome III, 3e ed, 1928.
- Bonnard: Précis de droit administratif, 1926. يرى أنصار المعيار الموضوعي لتمييز القرارات الإدارية عن الأعمال التشريعية والقضائية، أنه يجب الوقوف على طبيعة العمل وأن نتناوله في ذاته، ونفحص فحواه. أنظر في شرح هذا المعيار الدكتور سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - الطبعة الرابعة - ص ١٧٩ وما بعدها .
- (٥) قواعد النظام العام هي القواعد الآمرة التي يستهدف المشرع بها تحقيق مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتصل بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد . (حكم المحكمة الاتحادية العليا - الطعن رقم (٨٠) للسنة السادسة القضائية - مدني - الصادر بتاريخ ١٢/٤/١٩٨٥ - مجلة العدالة - العدد ٤٨ - السنة الثالثة عشرة شوال ١٤٠٦هـ - يوليو ١٩٨٦ - ص ٧٧ .
- يقصد بالآداب العامة، السمات العامة لأخلاق وآداب الإسلام باعتباره الدين الذي يعتنقه مجتمع هذه الدولة . وبالتالي فإن الفعل الذي يعتبر خروجها عليه، يتبع وينبئ إلى كل فعل أو قول ينطوي على الخروج على خلق وآداب الإسلام أو ما قد يكون مستهجناً في هذا الدين مؤذياً لمشاعر أفراد المجتمع الإسلامي [حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة (١٤) دستورية الصادر بتاريخ ٢٠ شعبان ١٤٠٧هـ الموافق ١٩٨٧/٤/١ م].
- (٦) مجموعة المجلس - السنة السابعة - ص ١٨٥ .
- (٧) الدكتور عبد الفتاح ساير دابر : نظرية أعمال السيادة - ١٩٥٥ - ص ٩٤ وما بعدها .
- (٨) مجلس الدولة الفرنسي - الحكم الصادر بتاريخ ١٩ أكتوبر ١٩٦٢ في قضية Brocas منشور في مجلة Actualite juridique Droit Administratif. نوفمبر ١٩٦٢ .
- (٩) محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ٢٦/٦/١٩٥١ مجموعة الأحكام القضاء الإداري السنة الخامسة - ص ١٠٩٩ .
- (١٠) قضت محكمة القضاء الإداري بأن تحديد طبيعة العمل، وما إذا كان يعتبر عملاً حكومياً أو إدارياً يخضع للظروف التي يصدر فيها «فما يعتبر عملاً إدارياً قد يرقى في ظروف وملابسات سياسية في دولة ما إلى مرتبة أعمال السيادة، كما أن ما يعتبر عملاً من أعمال السيادة قد يهبط في ظروف أخرى!! مستوى الأعمال الإدارية أخرى إلى مستوى الأعمال الإدارية (مجموعة أحكام المحكمة السنة العاشر ص ١٥٧ الحكم رقم ١٧٩ الصادر بتاريخ ١٩ يناير ١٩٥٦).
- (١١) محكمة القضاء الإداري - الحكم الصادر في ٣١ مايو ١٩٥٣ - مجموعة أحكام المحكمة - السنة السابعة - ص ١٣٧٨ .

- (١٢) مجموعة أحكام المحكمة - السنة العاشرة - ص ١٥٨ .
- (١٣) الدكتور سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ١٤٢ .
- الدكتور محمد فؤاد مهنا - المرجع السابق - ص ٦٥٧ .
- (١٤) تعتبر أكمل وأنظم شريعة في تاريخ الحضارات القديمة ، حوالي نيف وألفي سنة قبل الميلاد
- (راجع أصول القانون للأستاذ البزار - ص ٥٤ .
- أصول القانون للأستاذين السنهوري وأبو ستيت - ص ٦٠ .
- أصول القانون للأستاذين كامل مرسي وسيد مصطفى - ص ٥٤ .
- (١٥) يرجع تاريخه بحسب ارجح الآراء - رأي دبلو بجشان - إلى القرن الثالث عشر قبل الميلاد - الدكتور علي بدوي التاريخ العام للقانون، ج ١ ص ٤٣ .
- (١٦) الدكتور صوفي أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون ١٩٦٧ - دار النهضة العربية - ص ٧٧ .
- (١٧) اكتشفت آثار مدون عليها هذا القانون باللغة الأكدية في «تل حرمل» - راجع مجلة سومر - بغداد - المجلد ٤ ج ١ القسم الإنجليزي .
- (١٨) عثرت عليه بعثة التنقيب في - نفر - وهو يشبه قانون حمورابي من حيث الشكل، والرأي الراجع عند الأستاذ البزار أنه أحدث من قانون باللاما، وأقدم من شريعة حمورابي . انظر أصول القانون للمؤلف ص ٥٢ .
- (١٩) انظر في ذلك المراجع المختلفة على سبيل المثال .
- V.A. Ristote, Const. d'Ath. X. 12.
- V.A. Ristote; Const. d'Ath. VII, 4.
- Cloché (P.): La démocratie Athénienne. Paris, 1951, P. 4.
- (١٠) الأستاذ مصطفى الزرقا - المدخل الفقهي العام في الحقوق المدنية - دمشق - طبعة جامعة دمشق - ج ٢ ص ٨٣٤ وما بعدها .
- (٢١) الشيخ عمر عبد الله - العرف في الفقه الإسلامي - مجلة الحقوق - ص ٣ .
- Lebore "Maurice": La Coutume comme source de droit Français Contemporaine. (٢٢)
- Thèse, Lille, 1906, P. 1.
- (٢٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الحالي - ج ١ الباب التمهيدي - وزارة العدل - ص ١٨٧ .
- (٢٤) الدكتور حامد سلطان - القانون الدولي العام في وقت السلم - ط ٤ - القاهرة - دار النهضة العربية - ص ٤٥ .
- (٢٥) الدكتور محمد كامل ليلة - القانون الدستوري - القاهرة - دار الفكر العربي - ص ٩٧١ .
- (٢٦) الدكتور محمد كامل ليلة - مبادئ القانون الإداري - الكتاب الأول - ط ١ دار النهضة العربية - ص ٩٦٨ ، ص ٤٢٤ .
- (٢٧) الدكتور خالد عريم - القانون الإداري الليبي - بيروت - ج ١ - ص ٩٦٩ .
- (٢٨) الدكتور محمد فؤاد مهنا - مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية - الإسكندرية - ص ٦١ .
- (٢٩) الدكتور عبد الحميد كمال حشيش - مبادئ القضاء الإداري - مجلد أول ١٩٧٥ دار

النهضة العربية ص ٨٥ .

(٣٠) الدكتور بكر القباني، العرف الإداري كمصدر للقانون الإداري - دار النهضة العربية -

ص ٩ .

De Delmas: La pratique administrative comme source de droit, thèse, Toulouse, 1932 P. 5 ets.

Lefebvre: La coutume comme source de droit Français contemporaine, Thèse, Lille, 1905,

P. 16 ets.

(٣١) الدكتور بكر القباني - المرجع السابق - ص ١٠ .

(٣٢) الدكتور سمير تناعو - النظرية العام للقانون - الاسكندرية - ص ٢٣٥ .

(٣٣) الدكتور حامد سلطان - القانون الدولي في وقت السلم - القاهرة - ١٩٦٦ ص ٤٧ .

(٣٤) الدكتور ثروت بدوي - النظام الدستوري العربي - المرجع السابق - ص ٨٥ .

(٣٥) الإمام أبو حامد محمد الغزالي - المستصفي - المطبعة الأميرية بالقاهرة - ط ١ -

ص ٤٨٣ .

(٣٦) الوجيز في القانون الإداري - السلطة الإدارية - ١٩٦٠ - ص ٥٦ .

(٣٧) مبادئ القانون الإداري - ج ١ ط ١٩٥٤ - ٩٥٥ .

(٣٨) الدكتور حمدي عبد الرحمن - الوجيز في المدخل لدراسة القانون - القاهرة - دار النهضة

العربية - ١٩٧٠ - ص ٦٣ .

(٣٩) القانون رقم ١٥ لسنة ١٩١١ الخاص بالنظام القضائي لشبه جزيرة سيناء وقانون تشكيل

محاكم الإخطاط الصادر عام ١٩١٣ .

(٤٠) الدكتور بكر القباني - العرف كمصدر للقانون الإداري - المرجع السابق ص ٢٦ .

(٤١) الدكتور برهان خليل زريق - النظرية العامة للعرف الإداري - رسالة دكتوراه - حقوق

عين شمس - ١٩٨٤ - ص ٤٠ .

الدكتور عبد المنعم البدرائي - المدخل للعلوم القانونية - ص ٣٢١ .

(٤٢) الدكتور عبد الفتاح حسن - مبادئ القانون الإداري الكويتي - المرجع السابق - ص ٢٨ .

(٤٣) الدكتور بكر القباني - المرجع السابق - ص ٢٧ .

(٤٤) الدكتور بكر القباني - المرجع السابق - ص ٢٨ .

الدكتور عبد الوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة - القاهرة - دار النهضة العربية -

ص ٢١٦ .

الدكتور محمد كامل ليلة - القانون الدستوري - القاهرة - دار الفكر العربي - ص ٩٧١ .

(٤٥) الدكتور محمود جمال الدين زكي - دروس في مقدمة الدراسات القانونية - القاهرة -

١٩٦٥ - ج ٢ - الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية - ص ١١٧ .

الدكتور سليمان مرقص - المدخل للعلوم القانونية - ص ٢٩٤ .

الدكتور عبد الناصر العطار - مدخل لدراسة القانون - مطبعة المعارف ص ٢١٢ .

(٤٦) الدكتور سليمان الطماوي - الوجيز في القضاء الإداري - ص ٤٠ .

(٤٧) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي - القضاء الإداري - ط ٤ - ص ٣٦٥ .

(٤٨) انظر مجموعة أحكام القضاء الإداري - السنة التاسعة الدعوى رقم ١٤٧ . وكذلك نفس

المجموعة - السنة الخامسة - الدعوى رقم ١٦٤ .

(٤٩) القضاء الإداري - ط ٤ - ص ٣٦٦ .

- (٥٠) الدكتور سمير تناعو - النظرية العامة للقانون - ص ٤٦٧ .
- (٥١) مجموعة المحكمة السنة الحادية عشرة - القاعدة رقم ٣١٦ - ص ٤٩٦ .
- (٥٢) الدكتور رمزي طه الشاعر - النظم السياسية والقانون الدستوري - ص ٧٦ .
- Valette (Léone): Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel. (٥٣) Thèse, Lyon, 1907 P. 81.
- (٥٤) مجموعة المحكمة - السنة الحادية عشر - القاعدة رقم ٣١٦ جلسة ٢٢ يوليو ١٩٥٧ - ص ٤٥٦ .
- (٥٥) مجموعة أحكام القضاء الإداري - السنة الرابعة - القاعدة رقم ١٢٣ - نص ٦٩٧ .
- (٥٦) مجموعة المحكمة العليا السنة السابعة - القاعدة رقم ٤٢ .
- Stassinapoulos "Michel": Traité des actes administratifs. Sirey. Paris, 1954 P. 6. (٥٧)
- (٥٨) الدكتور محمد حامد الجمل - المرجع السابق - ط ٢ ص ١٤٢٠ .
- الدكتور بكر القباني - المرجع السابق - ص ٢٠ .
- (٥٩) الدكتور بكر القباني - المرجع السابق - ص ٢٨ .
- (٦٠) الدكتور برهان خليل رزيق - المرجع السابق - ص ٥١ .
- (٦١) الدكتور محمد كامل ليلة - مبادئ القانون الإداري - ص ٤٢٧ .
- الدكتور بكر القباني - العرف كمصدر للقانون الإداري - ص ٢٨ .
- (٦٢) الدكتور سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - القاهرة - ص ٩٨ .
- Raylade: La coutume en droit public interne Thèse Bordeaux, 1912, P. 34 ets. (٦٣)
- (٦٤) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٤ يناير ١٩٤٩ في قضية Federation Nationale des syndicats d, Ingenieurs des ilines.
- المنشور في مجلة القانون العام - ١٩٤٩ - ص ٢٢٤ .
- (٦٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - مجموعة أحكام المحكمة - السنة السابعة - القاعدة رقم ٧٩٨ .
- (٦٦) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ ١٤/٦/١٩٦٤ في القضية رقم ٣٢٧ - السنة السابعة القضائية - مجموعة أبو شادي - المبدأ ٦٩٤ ص ٧٣٢ ج ١ .
- (٦٧) الدكتور بكر القباني - العرف الإداري كمصدر للقانون الإداري - ص ٤١ .
- (٦٨) الدكتور محسن خليل - القضاء الإداري اللبناني ورقابته لأعمال الإدارة - دار النهضة العربية ١٩٧٨ - ص ١٠ .
- (٦٩) الدكتور عبد الحميد كمال حشيش - مبادئ القانون الإداري - ص ١٨ .
- الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي - القضاء الإداري - ج ٤ ص ٢٠٥ .
- (٧٠) الدكتور عبد الحميد كمال حشيش - المرجع السابق - ص ٣٢ .
- (٧١) الدكتور عصام البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - المرجع السابق - ص ١٤٠ .
- (٧٢) ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٥/٥/٨ إلى أن «العرف وإن جاز أن يعدل أو يغير من القواعد القانونية المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين، فإنه لا يجوز أن يخالف نصاً أمراً». والنصوص الإدارية جميعها قواعد أمرة لا يستساغ أن ينشأ عرف على خلافها. والقول بغير ذلك يجعل اطراد الإهمال في مجال الوظيفة العامة عرفاً يحول دون معاقبة من

- ارتكبه» مجموعة أبو شادي في عشر سنوات ١٩٥٥ - ١٩٦٥ ج ١ بند ٢٤٨ - ص ٣٦٤ .
- (٧٣) أنظر حكم المحكمة الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٢/٢ في القضية رقم ٦١ لسنة ٣ ق مجموعة المحكمة الإداري العليا - السنة الثالثة - ص ١٦٩١ .
- (٧٤) محمد حامد الجمل - الموظف العام - ط ٢ المرجع السابق ص ١٤٢٢ .
- (٧٥) أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا - السنة السابعة - حكم رقم ٤٣ ص ٣٥٥ وحكم محكمة القضاء الإداري - السنة الثانية القضية رقم ٢٦٨ .
- (٧٦) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - المنه عنه بعاليه - المرجع السابق ص ٣٥٥ .
- (٧٧) الدكتور ثروت بدوي - تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية - دار النهضة العربية ص ٢٥ .
- الدكتور ثروت بدوي - المرجع السابق - ص ٩٩ .
- (٧٨) الدكتور عبد الحميد كمال حشيش - مبادئ القضاء الإداري - المرجع السابق ص ٧٣ .
- (٧٩) الدكتور ثروت بدوي - المرجع السابق - ص ١٠١ .
- (٨٠) الدكتور عبد الفتاح حسن - مبادئ القانون الإداري الكويتي - المرجع السابق - ص ٢٧ .
- الدكتور عبد الله طلبة - الرقابة على أعمال الإدارة - دمشق صحيفتي ٣١ ، ٣٢ فالين - الوجيز في القانون الإداري - الطبعة الرابعة - دالوز - باريس ١٩٦٨ - ص ١٦ .

